

デュギーにおける法の概念

教授 和田 小次郎

- 第一 デュギーにおける社會規範と法
- 第二 デュギーにおける規範的法と技術的法
- 第三 デュギーにおける法の現象形態
- 第四 デュギーにおける法規範と成文法規
- 第五 デュギーにおける公法と私法の區別
- 第六 デュギーにおける國際法の觀念
- 第七 むすび

第一 デュギーにおける社會規範と法

一 一定の社會に生活する人々はその社會によつて一定の行爲の法則を課せられてをり、この行爲の法則に違反するとき一定の社會的反應を惹起するのであるが、この社會的反應が組織せられるとき、そのやうな行爲の法則をデュギーは「客觀的法」(le droit objectif)と呼んでゐる。デュギーにおける法の概念はかやうにその違反に對して組織的な社會的反應を伴ふ行爲の法則に外ならない。

かやうな法の概念をデュギーは彼のいはゆる客觀主義の立場に立つて、社會的事實の觀察から取得せられるものと、また、これをのみ科學的方法であるとして、他の主觀主義的立場や形而上學的立場を極力排斥してゐるのである。

次によれば、客觀主義の立場から直接的に觀察せらるる争ひえない二つの事實がある。第一に人間が自覺的存在 (*être conscient*) であることであり、第二に人間が社會的存在 (*être social*) であることである。デューギーにとつて、人間が自覺的にして且つ社會的な存在であることは論理的推定やア priori な假定ではなく、直接的觀察において自明的な事實であるのである。

この事實から必然的に社會に生活する人々には一定の行爲の法則が課せられてゐることが歸結される。それは目的の法則 (*loi de but*) であつて因果の法則 (*loi de cause*) ではない。人間はその行動につき自覺的存在であり、その行動においてつねに目的を意識し選擇をなしつつ行動する。人間の行動はつねに目的により意識的選擇によつて決定せらるる自覺的行動である。このゆゑに、人間の行動は物理的事實におけるやうに次々に連續する盲目的無意識な力作用の所産ではなく、目的の意識的決斷の所産である。社會生活の法則はかやうな人間の行動に適用されるものであるから目的の法則以外のものではない。人間の意識的且つ意欲的行動を指示し制約する法則、従て、規範以外のものではない。かやうにして社會生活の法則は目的の法則であり、かやうなものとして社會規範 (*norme sociale*) である。それは自覺的存在である人間の組成する社會にのみ存立し、人間社會のあるところにはつねに存在する。従て、社會 (*société*) と社會規範とは不可分の二つの事實である。

二 デューギーによれば、社會規範は人間の行動に對する社會的拘束であり、もしそれが遵守されなければ社會を組成する諸要因の間に何らかの不均衡 (*déséquilibre*) を生じ、そのゆゑにその違反には必然的に何らかの社會的反應 (*réaction sociale*) を招來するところのものである。それは均衡を回復するための自動的努力 (*effort spontané pour le rétablissement de l'équilibre*) である。換言すれば、社會規範は社會的不秩序を生ぜしめるやうな凡ゆる作爲を抑制する規範であり、秩序回復への社會的環境の一傾向 (*une tendance du milieu social à rétablir l'ordre*) である。

人間は個體的・自律的存在 (être individuel, autonome) であるとともに、この自律性を自覺してゐる。しかし、彼は同時に社會的存在である。人間は共通の需要 (besoins communs) をもつとともに、また各自異なる需要をもつがゆゑに、必然的に社會に結合し、殊に今日では國民的社會 (société nationale) に結合してゐる。人間は共同生活によつてより外に實現しえない共通の需要をもち、彼らの類似的才能の共同行使によつて彼らの共同善 (biens communs) の實現のために相互に協力するのであるが、これがデュルケームのいはゆる「類似性による聯帶または機械的聯帶」 (solidarité par similitudes ou la solidarité mécanique) と呼んだところのものであつて、社會生活の第一の要因である。同時に他面において、人間は各々相異なる才能と異なる需要をもち、各々他者の需要の充足のために自己の才能を寄與しつゝ勤勞の交換 (échange de service) をなす。これによつて人間社會に大規模な分業を生じ、これが強靱な社會的凝結力をなしてゐる。それはデュルケームのいはゆる「分業による聯帶または有機的聯帶」 (solidarité par division du travail ou solidarité organique) であるが、ここでは個體的自律が社會的聯帶の本質要因であり、このゆゑにこの聯帶は個人的活動が發達すれば發達するほど益々強大となるのである。

かやうにしてデュギーによれば、社會規範はこのやうな個體的にして社會的な存在である人間の全面的活動を規律の對象とする。社會規範の對象は明かに個人の自律性の尊重であるが、しかし、それはただそれが社會生活の一要因である限りにおいてである。従て、社會規範の對象は、他人の自律を尊重するが如くに行爲すべくすべての個人を義務づけることとともに、また、國民生活即ち國家生活の要因である限り彼自身の自律を尊重するが如くに行爲すべく義務づけることである、とデュギーはいふのである。

三 かやうにして、社會規範の違反はその社會の内部において何らかの社會的反應を惹起せしめるのであるが、この社會的反應はすべて同一の性格を有するものではなく、また、同一の様相において現はれるものでもない。社會規範を

のものはその根柢において、その一般的性格において、また、その対象において同一であるが、しかし、それはその違反に伴ふ社會的反應の強度において異なる。かやうにしてデューギーによれば、社會規範は三つの部面 (trois parties) を含んでゐる。即ち、經濟規範、道德規範、法規範の三部面であるが、それらは相互に滲透し、各々の領域は時と所に從て無限に異なるが、しかも、觀察者にとつてはつねに見出されるところのものである。

經濟規範 (norme économique) は富の生産、循環、及び、消費に關する人間のすべての行爲を規律する社會規範である。經濟的と呼ばれる凡ゆる事實は意識的且つ意欲的な個人の活動に基き、この活動によつて惹起せしめられる社會的反應以外のものではない。生産減退、生産過剩、物價騰貴、産業危機、質銀暴騰、その他すべての經濟現象は、社會の内に生活する人々の需要物の生産や循環や消費に關する行爲の所産であり、社會規範にあるひは適應して、あるひはそれに違反して遂行されるところの多かれ少かれ意識的な個人活動の所産であるのである。經濟規範の違反はそれが經濟規範以外のものではない限りは、富の生産及びその行使より外には關係しない社會的反應を惹起せしめるのである。

何人もこの經濟規範の存在すること、それが社會そのものを根柢とし、經濟的聯帶の事實に基くこと、を否定しえないであらう。そしてまた、聯帶の事實が事實であるがゆゑに規範の根柢でありえず、義務を生ぜしめない、とはいひえないのである。かやうな義務は現實に存在し、そして、その違反に伴ふ經濟的反應はその違反に對する制裁 (sanction) であるのである。かやうにして、經濟規範の命令的效力 (force imperative) について疑を容れえないとすれば、法規範の命令的效力についてもそれが事實に基くことについて何ら疑を容れえないはずである。兩者とも單純に社會的事實に基いて規範性を有するのであつて、それ以外のいかなる基礎をも必要としない、とデューギーは主張するのである。

社會規範の第二の部面をなすものは道德規範であるが、デューギーにおいてはこの道德規範も何らかアブリアリな優越的原理に基くものではなく、一定の所、一定の時代に生きるすべての人々に現實に適用されるところのものであり、彼

らの服裝、彼らの住居、彼らの世間的關係、彼らの宗教的行事、等々について、彼らに對してその外的表現における一定の態度を要求するところのものである。換言すれば、道德規範といふのはいはゆる社會の風習(les mœurs d'une société)に適合することをすべての人々に要求するところのものである。もしこれに適合することを過れば、程度に強弱の差はあれ、しかし確實な社會的反應が自動的に惹起するのであり、それ自體に義務づけの性格(caractère obligatoire)を具有してゐるのである。それは卑俗な風俗にも高尚な秩序の慣行にも現はれるであらう。異様な服裝で衆人の面前に現はれる者は指彈されるであらうし、時として排斥され再び參會しえなくなるのである。宗教的信仰が人々の意識に深く喰ひこんでゐるところでは一定の宗教的慣行に適應しない人は非難され排斥されるであらう。デュギーのいふ道德規範はかやうな現實的實證的な社會規範の一種に外ならない。

かやうな道德規範についてもその命令的效力を否定しえないであらうが、デュギーによればその命令的效力もまた社會的事實以外にはいかなる根柢をも有しないのである。それは社會に生活する人々の關係を對象とし、また、この關係そのものの存立に基くのである。人間は人間であるがゆゑに、また、不可避免的に社會規律の結條(États de la discipline sociale)の中におかれるがゆゑに、これに服するのであり、そこには社會的事實から直接的に生ずる實證的法則(règle positive)以外に何ものもないのである。

社會規範の第三の部面は法規範であるが、デュギーによれば、經濟規範も道德規範もそれ自體として直ちに法規範ではない。法規範はすべて道德規範であるか、または、經濟規範であるが、道德規範または經濟規範のすべてが必ずしも法規範であるのではない。従て、法規範はそれ自體に固有の實體内容を有するものではなく、經濟規範または道德規範から轉換したものであり、このゆゑに、これらの規範が法規範に轉換する契機が明かにされなければならない。ここでデュギーは前に經濟規範や道德規範について指摘したことを法規範についても重ねて指摘してゐる。即ち、經濟規範や

道德規範が社會的實證的根柢にのみ基き、これによつてのみ義務づけ、命令的效力を有するとすれば、これらの規範から轉換して成れる法規範もまた法規範となるがために特別に社會的事實以外の根柢を必要とするものではない、といふのである。

人は屢々事實が行為の法則 (*règle de conduite*) を基礎づけえず、事實から義務づけの力即ち規範性が生じえないと主張する。これに對してデューギ―はいふのである。一の規範が法規範として義務づけであるといふことは、この規範が侵されたとき、その違反が制裁さるべきであるといふ意識が個人大衆の精神の中に抱かれてゐることそのことをいふに外ならず、法規範の效力にこれ以上の意味と價值を與へることは形而上學的假定の領域に入り現實から逸脱するものである、と。従てデューギ―にとつて、法の效力の根柢は何ら論理的または理念的なものではなく、實證的事實にこそ求められなければならない、とされるのである。

四 かやうにしてデューギ―は法規範の檢討に入るに當り、まづ、法を國家の所産とする説、殊に、ヘーゲル、イエリネック、イエリネックの見解を詳細に批評したのち、彼自身の所信を次のやうに述べてゐる。「年を経るに従ひ、法の問題を深く研究するに従て、私は益々法が國家の創造物でないこと、それが國家と無關係に存立すること、法の概念が國家の概念から全く獨立であること、そして、法の法則が各個人に課せられるとともに國家にも課せられるといふこと、を確信するにいたつた」。デューギ―は更に續けていつてゐる「人々は、國家が法を創るのであるが、國家は自發的に服従するがゆゑに法に拘束されるのであり、國家は自己制限するのである、といつてゐる。これはドイツの最も偉大な法學者たち、殊に、イエリネックやイエリネックの主張した學說であるが、實際上承認しえない。けだし、自發的制限は制限ではないからであり、もし國家が法によつて制限されないとすれば公法はありえないはずであるが、しかも、公法は實際になければならないからである。ともあれ、かやうな理論は法理的であるよりも感情的である。すべて問題の解決

は事實の觀察によつてのみ與へられるのである」と。

かやうにしてデュギーによれば、政治的分化 (*différenciation politique*)、命令する者と命令される者、統治者 (*gouvernants*) と被統治者 (*gouvernés*) との分化がまだ全然現はれないやうな社會にも法規範の存立を否定しえない。例へば、社會學者たちの屢々例證するエスキモー人の社會には政治的分化は全く存しないが、そこにも一定の社會法則があり、それについて人々は必ずしも明確ではないが、ある程度の自覺をもつてゐる。それは社會的規律 (*discipline sociale*) と呼ばれるところのものであるが、これなくしては永續的團體はありえないのである。なるほど、この法則の制裁 (*sancation de la règle*) は未だ組織されてはゐないが、しかし、制裁が全然ないのではない。その制裁は違反者に對する團體全體の自動的反應 (*réaction spontanée*) の中に成立してゐる。

デュギーはここに論據を見出しうるとなし「法の法則は國家よりも前に、それ自體によつて、且つ、國家とは無關係に存立しうる」と推論する。しかし他面においてデュギーは彼に對する他の反對論を顧慮しなければならなかつた。即ち、國家と無關係に國家の外に法があるとすれば、それは傳統的意味における自然法であり、何らか超越的原理に基くものでなければならぬであらう。それは人間が不斷にその實現のために努力してゐるところのものではあるが、法の實證的根柢とはいひえないものである。國家から獨立な法の存立を承認し、同時にそれに對して純實證的な根柢を與へようとすることは明白な矛盾である。法は國家に由來して國家には強要されないのであるとするか、もしくは法は國家から獨立に超越的原理に基いて存立するがゆゑに國家にも強要されるとするか、そのいづれか一方でなければならぬ、といふ反對論である。これに對してデュギーは次のやうにいつてゐる。「私は統治者と被統治者とのすべてに、國家にも人民にも課せられる法の法則の存立が何らか形而上學的秩序の超越的原理に關聯せしめねばならぬことなしにも理解せらるゝと考へることを依然として固持する。換言すれば、法の法則は國家の關與なしに存立すること、即ち、經濟的または

道德的法則が國家の關與なしにある一定の契機において法の法則になることを確信する。確かに國家は屢々關與する。法發達の立法段階にまで到達した近代國家においては殊にさうである。しかし、この法則に法規範の性格を與へるものは國家の關與ではない。もし一定の法則がそれ自體によつて既にこの性格を具有してゐたのではなかつたとすれば、これに對して國家の關與がこの性格を與へることはできないであらう」と。

五 かやうにして、デューギーによれば、法は國家の創造に係るものでなく、また、何らか超越的・形而上學的原理に基くものでもなくして、飽くまでも實證的根柢に、即ち、社會的事實に基くものであり、しかも、それ自體に固有の内容を有するものではなく、經濟規範または道德規範からある一定の契機において轉換したものである。

しからば、經濟規範または道德規範をして法規範に轉化せしめる契機は何であるか。デューギーによれば、それは畢竟社會に生活する人々の意識の狀態に歸する。即ち、一定の社會團體を組織する個人大衆のうちにおいて、團體それ自體またはそれに屬する人々に對してこの法則の違反を抑制するために最大の力が干渉しなければならぬといふ思想が滲潤したときに初めてこれらの法則が法規範となる。換言すれば、一定の團體を組織する個人大衆が一定の法則の違反者に對する社會的反應即ち制裁が組織されなければならぬことを感得するときに法の法則が生ずる。従て、法規範は個人大衆の精神がそれを確信し、それを欲求し、その組成を刺戟するときに現出する、といふのである。

かやうにして、デューギーにとつて終極的に法の創造的源泉(*source créatrice du droit*)たるものは個人大衆の意識の狀態(*l'état de conscience de masse d'individus*)である。そして、この意識の狀態を形成するのに二つの本質的要因が作用してゐる。これをデューギーは「社會性の感情」(*sentiment de sociabilité*)と「正義の感情」(*sentiment de la justice*)と呼び、實證的觀察によつて容易に見出される事實であり、一應分別して検討しなければならぬものであるが現實には緊密に相關聯してゐるものである、としてゐる。そして、これを特に「サンチマン」と呼ぶのはこの「サンチ

マン」といふ語が甚だ含蓄的であり、この兩者を適切に表現しうる唯一のものであると考へたからである、といつてゐる。彼によれば、これら兩者を表現するのに「概念」とか「觀念」とか「理念」とかいふ語では現實に對して的確に該當しないのである。他面において、特に「サンチマン」を語るのは、ここで問題たるのが人間意識の理論的所與や絶對的として要請される超越的原理ではなくして、社會的事實の認定 (*constatation d'un fait, le fait social*) であり、とりわけ、その構成要素たる二つの形式における聯帶、即ち、類似性による聯帶と分業による聯帶の認定であるからである。要するに、デュギーにとつて「社會性のサンチマン」と「正義のサンチマン」とが大衆の精神のうちに一定の法則が法規範であるといふ意識を醸成することに作用してゐる二つの要因であるのである。

六 しからばデュギーのいはゆる「社會性のサンチマン」と「正義のサンチマン」とはいかなるものであるか。

彼によれば、「社會性のサンチマン」といふのは種族とか家族とか都市とか國民とかいふやうな社會的團體を形成する人々の大衆のうちに一定の時に於いて現實に存在するサンチマンであり、一定の經濟的または道德的法則の遵守が保障されるのでなければ社會的存在の根柢たる聯帶の結條が破壊されるであらうことについてのサンチマンである。いかなる經濟的または道德的法則について人々がその違反が社會的結條の破壊を招來するといふサンチマンを抱くにいたるかは、必ずしもつねに同一ではない。しかし、一定の法則には必ずやつねにこのサンチマンが伴ふのであり、そして、これが大部分の人々に一致したサンチマンであるとき、このサンチマンに伴はれる法則が法規範となるのである。この性格を具へて現はれるのはつねに同一の法則であるのではない。ある所ある時にある一定の法則がこの性格を具へて現はれても、他の所他の時にはまた他の異つた法則がこの性格を具へて現はれるであらう。

一定の法則に對してそれが客觀的に制定されるより以前にいつ大衆の精神のうちに社會的制裁の意識が生ずるか、從て、いつ法規範が成立するか、それを明確に決定することは不可能であるといつてはならない。事は甚だ困難ではある

が不可能でないのみならず、デューギーによれば、それを決定することが法律家の正當な使命であるのである。しかも、この場合においても實證的觀察の方法、即ち、科學的方法によるより以外には不可能であるといふのである。大衆の精神のうちに於けるこの意識は確かに甚だ不明確であり、大多數の人々においては多かれ少かれ混亂した直觀に發源してゐる。凡ゆる時代においてそれは指導者 (meneur) と呼ばれるやうな人々において比較的明瞭に現はれるであらう。凡ゆる社會には「輿論の指導者」(meneur d'opinion) と呼ばれる人々があり、この人々が大衆の精神を比較的明確に表現し且つ指導してゐるのであるが、しかし、大衆の輿論を代表する者と自ら稱して出現する人が必ずしもつねにその大衆のサンチマンの忠實な通辯者 (interprètes fidèles) ではないのである。

一定の法則が社會的聯帶の維持のために本質的であり、その違反がこの社會的聯帶を破壊するであらう、従て、その違反には組織的な制裁を與へるやうにしなければならぬ、といふ大衆のサンチマンのうちに法を基礎づけることは、法の根柢を不安定なものの浮動的なものにするといふでもあらう。これに對してデューギーは、かやうな異論が彼の立場とは全く異なる立場に立つものであるとし、それがつねに自同的な法そのものの、絶對的法の法則、すべての時すべての所において遵守さるべき理想の確定をを目指すものであり、かやうなものとして非科學的な形而上學的立場であるとしてゐる。彼はいふ「私の意圖は法的形而上學の排斥にある。私は絶對的な理想的法を決定しようとはしない。私はそれが信念の對象ではありうるが科學的決定の對象ではありえないといふ深い確信をもつてゐる。私はひたすら實證的地盤の上に立つて、いかなるときに一定の法則が法の法則になるかを決定しようとする。この立場からはこの問題に對してこれ以外の答解は出ない。即ち、大衆の精神がこの法則の遵守が社會的聯帶の維持のために組織的制裁を要求するほどに必要であるといふサンチマンを抱くときに法の法則が成立するのである。私はこの法則がそのゆゑに必然的に良き法則であり、超越的法の理想に合致するであらうとはいはない。私は單に、そのゆゑにそれが一定のその社會的團體の法の法

期であるといふだけである」と。

七 この「社會性のサンチマン」と内面的に關聯しつゝ法規範の形成に參與してゐる第二の要因は「正義のサンチマン」である。ここでもデュギーの説かむとするのは飽くまでも實證的な「サンチマン」であつて理念的正義の概念ではない。彼によれば、人間は一定の時代一定の團體内において假令漠然とはあつても不正のサンチマンを抱くことは否定しえない事實である。この不正のサンチマンは無限に變化するが、それは人間本性に恒常的なものであり、凡ゆる時代凡ゆる文化段階凡ゆる人々、教養ある人々にも無知な人々にも見出されるところのものである。

かやうにして、正義のサンチマンは否定されえない。それは深い侵害を受ければそれだけ強く確證されるといひうる。それは社會性のサンチマンと同様に決してアプリアリな理念ではなく、人間のもつ現實であり、しかも、強力な現實 (une puissante réalité) である。人間は社會的存在であるがゆゑに他の人々と聯帶であるといふサンチマンをもち、これが即ち社會性のサンチマンであるが、人間は同時に自律的個人であるといふサンチマンをもつてゐる。彼は自立的存在のサンチン (sentiment d'être soi-même) 彼の自我のサンチン (sentiment de son moi) 固有の言語的意味においていへば、自己的サンチマン (sentiment égoïste) をもつてゐる。正義のサンチマンは眞實にはこの「自己的サンチマン」の延長に外ならない。正義は理性によつて證明される合理的理念ではなく、人間本性に固有のサンチマンである。人間の活動はつねに彼の社會的性格と個人的自律との二重のサンチマンによつて支配される。後者が即ち正義のサンチマンである。

第一に人間は各人がその社會的團體内において爲した寄與に比例して報償を受くべきであるといふサンチマンをもつ換言すれば、團體内において彼の果す役割に比例した地位を與へらるべきであるといふサンチマンである。ここでデュギーはいつてゐる「私は實際にさうなつてゐるといふのではない。しかし、私はすべての個人の意識の中にかくあるべ

しといふ強い恒常的なアスピラシオンがあるといふのである。これがアリストテレスその他の人々が分配の正義(distributive justice)と呼ぶところのものである」。

第二に「正義のサンチマン」は社會的結條を形成し分業による聯帶を實現する勤勞と價值との交換に當つてはできるだけ交換される價值と勤勞との間に平等(égalité)が保たるべきであるといふサンチマンである。デューギーはいふ「ここでも私は現實においてさうであるといふのではない。しかし、私はこの平等が存在すること、そして、このサンチマンの侵害が早晚つねに一定の社會規範の創造及び制裁化を促す意識の發動を刺戟するのであり、かやうな強い恒常的なアスピラシオンがすべての人々の中にあることを主張するのである。これがアリストテレスその他の人々が匡正的正義(justice commutative)と呼ぶところのものである」と。

ここでデューギーはサン・トマス次のやうな言葉を引用してゐる「部分と全體とについて見れば、そこには二様の秩序がある。一は部分對部分の秩序であり、私人相互の關係におけるそれである。それは匡正的正義によつて規整される秩序であり、この正義は私人相互間の關係を規整することを目的とする。他は全體と部分との間に存すべき秩序である。それは全體とそれを形成する人々との關係を規整する。この秩序は分配的正義によつて規整され、分配的正義は一定の比例に應じて共同財を分配することを目的とする。従て、實際に匡正的と分配的との二種の正義がある。正義の一般的形式は平等であり、その點において兩者は異らない。ただ平等が一方(分配的正義)において幾何的比例に従ひ、他方(匡正的正義)においては算術的比例に従ふのみである」と。

すべての社會的團體にはつねに一定の時において一定の正義に關する考へ方感じ方があつたし、また、あるであらう。その侵害が正義のサンチマンに反するものとして一般に承認される規範がつねにあつたし、また、あるであらう。この規範によつて禁ぜられ、または、命ぜられる事柄は不斷に變化したし、また、變化するであらう。しかし、つねにそ

の一定の時に匡正的または分配的正義と感ぜられるものに反するがゆゑに不正と考へられるのである。かやうな正義の規範は侵されうるし、事實屢々侵される。しかし、それは侵されるに應じて益々明瞭に確證されるのである。その侵害はより強力な反應を刺激するのであり、正義のサンチマンは規範を侵した當人の意識のうちにすら現はれるからである。この正義のサンチマンはその様相及びその適用において變りうるが、同時に、比例と平等 (*proportion et égalité*) といふその根柢においては一般的であり恒常的である。それは人間の社會的たると同時に個人的なる本性に由來する。そして、デュギーはこれを「社會的知性の形式」(*forme de intelligence sociale*) と呼んでゐる。

八 かやうにして、人間は社會的存在であると同時に個體的存在であるがゆゑに、その顯現及びその形相において變化するがその本質において恒久自同的な二つのサンチマン、即ち、社會性のサンチマンと正義のサンチマンによつて支配せられ指導されるのである。

前に道德的または經濟的法則が法的法則となる契機を説明するに際して、デュギーは、一定の社會的法則の遵守が社會的力の行使によつて保障されるのでなければ社會的聯帶の結條が著しく破壊されるであらうといふことが、一定の社會的團體を形成する人々の大多數に一致して流れるサンチマンであるとき、そのやうな法則が法の法則になる、と説いたのであつたが、今やデュギーは更にこれに次のことを附加する。法の法則が存在するためには團體の力の行使による社會的法則の制裁が匡正的または分配的正義について人々のその時において抱くサンチマンに合致すること、換言すれば、この法則の違反が二つの形式の正義のいづれかを侵すものであり、そのゆゑにその違反を制裁せざることが正義に反するといふ人々のサンチマンに合致することが必要であると。

要するに、一定の道德的または經濟的法則の遵守が社會的聯帶の結條を維持するために必要であるといふ個人大衆における意識、及び、これを制裁化することが正義に合致するといふ意識、これが法の法則の形成及び轉形 (*la forma-*

tion et la transformation) の二つの本質的要因である、といふのがデューギーの主張である。彼はいつてゐる「私は絶對的法の法則の根柢をではなく、社會的法の法則の實證的根柢を確かめようとするのである。この根柢は社會そのものの中により以外に見出されえず、人間活動の本質的動因であるサンチマンの中により以外に所在しえないのである」と。

かやうにしてデューギーにおいては、法規範の實證的根柢は社會的事實と見られる個人大衆の意識の状態にあり、従て、「法は人々の精神のうちに自らに形成される」のである。この點においてはデューギーも、Niebuhr や Pechta や Savigny や Lisztel 後には Gierke や Zitelmann 等々の十九世紀におけるドイツ歴史學派の偉大な功績を認めてゐる。

しかし、デューギーによれば、これら歴史學派の人々の見解には多かれ少かれ彼自身の見解とは異つた一つの傾向が見出される。彼らは一般的には社會規範の、特殊的には法規範の基盤を各個人の意識とは異つた獨立的な人格的實在性を有する社會的團體そのものの意識のうちに見出してゐる。この見解は、例へば、「國民はその意思を成文法によつて直接的且つ明示的に表示し、不文法によつて暗黙的に表示する」といつたガイウスにおいて既に見出されるから決して新しいものではない。これをドイツの歴史學派が一層精密に展開したのであり、民族精神とか民族意識とか民族意志とかを説き、そこに自らに形成される法規範の基盤を見たのである。人々の活動は一見して各個人の活動のやうに見えるとしても、眞實には民族の集團的意識の所産であるといふのである。

ルッソーも「共同我」(moi commun)の存在、社會契約から生ずる一般意志(volonté générale)の存在を論じた。この國民意志(volonté nationale)は形而上學的概念であるが、從來人々は政治的諸制度を一致してこれに基いて論じてきたのである。クラシックな憲法學者エスマン(Esmein)教授は、普通選舉によつて表現される個人意志とは異つた國民意志をもつて輿論の法的形式であると思、また、現代の多くの社會學者は社會的團體の獨立的意識の實在性を認めてをり、殊にエスピナス(M. Espinas)はこの點を強調したが、ルナン(Renan)も次のやうにいつてゐる「フランス、

ドイツ、イギリスといふやうな國民は一定の性格や精神をもてる一人格のやうに行動する。それは一人格として考へられうる。國民、教會、都市は個人よりも一層よく存在する。けだし、個人はこれらの全體者のために犠牲になるからである。この全體者を純なる抽象と見るのは粗雑な實在主義者のみである」と。

これらの人々の主張に對してデュギーは反對する。彼によれば、かやうな團體の人格化は單に一つの見方にすぎず、しかも、これによつて現實の何ものも解答されえないのみならず、却て危険な歸結を招來することになる。けだし、それは個人の滅却、團體への個人の全き吸収に外ならないからであり、その論理的歸結として個人の活動の凡ゆる價值が否定され、フタのやうにそこに團體の意識の發現以外のものを見ず、または、現代の多くの社會學者のやうに社會的意識及び意志にのみ價值を認めることになるからである、といふのである。しかし、實際にはいはゆる社會我(moi social)に反抗する個人的意識及び意志があり、また、つねにあつたのである。他方において、個人の意識と異つた社會的意識の獨自的存在を認めることは非科學的であらう、といふのである。

しかしながらまたデュギーはいつてゐる「さればといつて私は人間社會や現代國民が實在(réalité)でないといふのではない。そこに抽象をのみ見るのは確かに誤りである。私は社會的活動といふものがなく個人的活動のみがあるといふのではない。反對に私は同一の團體に屬する人々を結合する結條が何であるにせよ實在的(Real)であると考へる。私はそれが勤勞の交換(échange de services)と需要の共通性(communauté de besoins)によつて生ずる強き相互依存性(interdépendance)の中に成立することを主張した。確かに多くの活動は社會的性格を有する。けだし、それは社會生活の反應(réaction de la vie sociale)の所産であり、または、社會に生活する各個人が行ふ相互的活動によつて決定されるからである。個人の意識の内容を形成する多くのサンチマンやイデーが社會生活の所産であることに疑ひはない。しかし私の主張するのは、團體の意識や意志が存在し、集團(collectivité)が實在的人格であり、個人のそれとは異つた意

識と意志を有するといふこと、現實に國民人格 (une nation-personne) が存在して意識と意志を有するといふこと、それらのことを科學的に確證しえないといふことである。私が國民意志や國民的愛を語るとき、それは *néophore* 以外の何ものでもないのである」と。

かやうにしてデュギーによれば、確かにある瞬間に同一原因に基く同一の活動があり、同一環境のもとに同一傳統に滲透され同一目的に促されつつ同一の國民團體が同一のことを考へ同一のことを意欲することはある。相互依存性はある場合、就中、戰爭に際して一層深刻である。そのことを第一次世界大戰が實證した。しかし、現實に堪え忍び意欲し活動したのは個人個人としてのフランス人であつた。各人がその意識のうちにおいて彼の全エネルギーをもつて戦はねばならぬことを自覺したのである。そこに社會的意識は毫も見出されない。科學的には個人の實在、個人的意識の實在以外に確證されえないのである。

かやうにしてデュギーはいふ「一般的には社會規範の、特殊的には法規範の基盤は……個人の意識以外にはありえない。一定の社會を組成する個人大衆がもしこの法則（の違反）が制裁されなければ彼らを結合する相互依存性が著しく害せられるであらうことを理解し、同時に彼らがこの制裁の存立が正當であることを了解するとき、そのときに法規範が成立すると私が説くとき、そこに私の解するものは、この意識をもつものが分離的且つ個々人的に (*département et personnellement*) 見られた個人であるに外ならないのである」と。

かやうにしてデュギーにおいて法規範の實證的基盤たる意識は個人的意識に外ならないとされるのであるが、そこに個人の意識作用のうちに擔はれつつ、しかも、社會的な意識と個人的な意識との存することが看過されてゐると思はれる。デュギーは意識はすべて個人によつて擔はれるがゆゑに個人的意識であると主張するのであるが、かくては社會意識とか輿論とかいふものの成立する餘地が認められえないことになるであらう。しかし、個人の意識作用のうちに

擔はれつつ、しかも、個人の主觀的意欲によつて如何とも爲しえざる、從て、客觀的な意識の存在を否定しえないのである。人間の社會性はデュギーにとつても出立點であつたが、それは個人に内在する社會意識の實在性を認めてこそ眞に理解されうるものと考へられるのである。社會意識といふも現實に意識たる限り、個人の意識作用によつて擔はれるより外に獨自の在り場所をもつものではない。しかも、それは社會意識として個人を内面から規制し抑制してゐるのである。社會規範の成立はこの社會意識にこそ基づかなければならないであらう。デュギーは個人の抱く意識がそのゆゑにすべて個人的意識であると考へたのであるが、それは我々の承服しえないところである。法規範の基盤は個人的意識ではなく社會意識でなければならぬ(註一)。この點では、むしろ、デュギーの反駁したドイツ歴史學派の人々にこそ眞實性が見出されると考へる。のみならず、少くともこの點に關する限りは歴史學派に對するデュギーの反駁は誤解に基くやうに思はれる。なるほど歴史學派の人々は「民族精神」を法の根源と主張し、從て「民族精神」や「民族」を重視するのであるが、他方において、彼らは法人擬制説を唱えたことをもつて知られてゐる。團體そのものの獨自的實在性は歴史學派の人々もこれを認めなかつたのである。從て、その主張する「民族」及び「民族精神」の概念はデュギーの攻撃するやうなものではなかつたのである(註二)。

(註一)拙著「法哲學」上卷參照。(註二)拙稿「歷史法學派における法源論」早稻田法學第二十二卷參照。

第二 デュギーにおける規範的法と技術的法

一 デュギーは規範的法の法則 (*régles de droit non natives*) と構成的または技術的法の法則 (*régles de droit constructives ou techniques*) とを明確に區別したが、それはデュギーの法理論の最も教示に富めるものの一つである。デュギーによればこの區別は多くの法學者によつて全く無視されてゐる。ドイツの學者にはこの區別を説く人は全く

見出されず、フランスではサレイユ、デニエー、ミッショー等が多少これに論及してゐるが、いづれも不充分である。しかも、この區別は甚だ重要であり、法と國家との關係についてのデュギーの見解にとつては特に重要な意義をもつてゐる。デュギーは法を國家とは無關係に國家よりも先に成立するものと説いたが、この主張の全部的に妥當するのは規範的法の法則についてであつて、技術的法の法則についてはデュギーにおいても多少異つてゐる。即ちデュギーによれば、技術的法の法則の成立はある程度において國家の成立を前提する。しかも、國家の成立を前提して成立しつつも、技術的法の命令的效力は國家によつて與へられるものではなく、規範的法に基くがゆゑに生ずるものである、といふのである。従てデュギーにとつて、第一次的法は規範的法であり、これに對して技術的法は第二次・從屬的法であるのである。

さてデュギーによれば、規範的法の法則または法的規範 (*norme juridique*) は社會に生活するすべての人々に對して一定の作爲または不作爲を要求する法則であり、一定の行態を命じ (*commander*) または禁ずる (*défender*) ものである。しかし、實際には命指と禁止とは同一のことである。禁止は一定の不作爲の命指であり、命指は一定の不作爲の禁止である。ところで、デュギーによればここに命令 (*imperative*) を語るときその意味するものは、劣位の意志に對する優位の意志の形成する指圖 (*l'ordre*) ではない。それは自然によつて他の意志に優越するやうな意志の存在を前提するがゆゑに實證的に承認されえない。法的規範が命令であるといふのは、それが社會的團體の成員たるすべての個人に必然的に存在する社會的狀態 (*statut social*) であるといふ意味においてのみである。法規範は社會生活維持の條件であり、各個人は明暗の度合に差があつても兎も角もこの法則について意識してゐる。假令いかに素樸であつても、もし彼がそれを遵守しなければ全社會が彼に對して反應するであらうこと、社會的團體がその規範の執行を直接間接に保障してゐること、そのことを各人が知り理解し、少くとも、それについて直觀してゐる。従て、規範的法は社會における各

人が多かれ少かれ直接的に承認し理解してゐるところの規範であるのである。これに對してこの規範的法の執行を直接間接に保障するための法則が構成的または技術的法の法則である。

二 かやうにして、規範的法の法則の遵守及びその適用をできるだけ保障するために設けられる第二次的法則を、デュギーは構成的または技術的法の法則と呼ぶのである。デュギーによれば、この技術的法の法則によつて一定の準則 (*mesures*) が組織せられ一定の手續 (*disposition*) が定められ一定の權限 (*compétences*) が確立されるのであるが、要するに、これによつて法的規範の制裁を保障するための「法の道」 (*voies de droit*) が創設されるのである。「法の道」は統治者をして法の實現を強制的に遂行せしめることを目指し、その手段、方法、手續を定め、彼の干渉しうる要件、彼の裁決の效力及び効果を定めるものであつて、多かれ少かれ詳細に組織されてゐるのである。

かやうに技術的法の法則は「法の道」を創設するものとして多かれ少かれ意識的に組織されるものであるがゆゑに、それは國家の存立と密接に關聯してゐる。勿論、技術的法の法則もまた必ずしも成文の實定法規 (*loi positive écrite*) に形成されることを必要としない。その大部分は長い間成文實定法規によつて單純に承認されもせず、また、成文化されもせずして、概ねは單に慣習的 (*coutumiers*) であつたのである。しかしながら、技術的法の法則は畢竟は強制的組織的法則 (*régle organique de la contrainte*) であり、從て、特定の社會團體内部において強制力の獨占が存立することを必要とするのであり、從てまた、國家の存立を前提とするのである。強制的獨占がなければ國家はなく、この獨占が存立するとともに國家が存立するが、技術的法の法則は強制的組織として強制的獨占を前提し、從て、國家の存立を前提するのである。この點において規範的法が國家とは無關係にその存立以前にも人々の意識狀態に基いて自らに成立するのとは趣を異にするのである。

しかしながらデュギーによれば、技術的法の法則が國家の存立を前提するとしても、それはその命令的性格をも國家

から與へられるのではない。それは本來不可能のことである。けだし、いはゆる國家の命令と呼ばれるものは結局において特定の個人または個人團體から發するものに外ならないのであるが、個人意志相互の關係において上下優劣の「意志の階層」(hiérarchie des volontés)は本來存在せず、存在しえないのであり、従て、國家の意志といふも畢竟は特定の個人意志に歸する限り、他の從屬的な個人意志に命じうる優越的な意志ではありえないからであり、國家が自ら有せざる命令的效力を技術的法に與へるといふのは矛盾であるからである。技術的法は規範的法の發動實現を保障することをその目的とするのであるが、このゆゑに、それは規範的法に關聯することに基き、また、その限りにおいて命令的法則(règles impératives)であるのである。技術的法の法則が義務づけの效力をもつためには、すべてその背後に規範的法が存在しなければならず、技術的法の法則は規範的法の遵守と適用を保障することを使命とし、その限りにおいて義務づけの效力をもつことになるのである。規範的法が第一次的法としてそれ自體の存立において既にこの效力を具備しつつ成立するのとはこの點において異なるのである。

三 デューギーによれば「汝が他者によつて害せらるるにあらざる限り、その他者を害すべからず」といふ法則は社會に生活するすべての人々に要求される法規範であり、單に道德的法則であるだけではなく、法の法則でもあるのである。しかし、それが法の法則であるのは自然法の超越的永久不變的原理に基くからではなく、社會的團體内に生活する人々の意識に滲透してゐるからである。彼らは他人の生命の尊重が社會生活の條件として絶對に必要であることを知つてをり、「人を殺すべからず」といふ法則が何らかの強制的な恒常的手段によつて保障されなければならぬことをも理解してゐるのである。それは人々のこの意識狀態に基いて法の法則となるのである。従て、この法則は實定刑法の中に規定される以前に既に法の法則であつたのである。近代法典の多くのものはそれを直接明示的に規定してはゐないが、默的に前提してゐる。それらの法典は單にこの法則の違反を制裁するための多かれ少かれ明確な手續を規定してゐるだ

けである。實定刑法の規定する違反行爲の多くについても同様のことがいはれうるであらう。刑法典の中に掲げられてゐるすべての規定及び刑事制度 (*instruction criminelle*) は刑法規範 (*normes pénales*) の遵守を保障するために定められた技術的または構成的規定である。刑法規範そのものは實定刑法典の規定の背後に隠れつつ、それによつて前提されてゐるのである。

民事立法の中にも少數の規範的法の法則を發動せしめるために必要な技術的法の法則が見出される。ナポレオン法典について見れば、家族法を別として、そこに三つの法規範が見出されるであらう。即ち、契約の自由と私有財産の尊重と過失責任とがこれであり、これ以外のすべての規定は技術的または構成的法の法則であつて、三つの規範的法の實現を保障することを目的とし、この規範的法に立脚して拘束力を取得するのである。

かやうにして、現代の實定法の大部分は多かれ少かれ發達した政治的組織規定をも含める構成的または技術的規定から成つてゐるが、それは眞實には統治者またはその代理人に宛てられてゐるものである。従て、デュギーにとつて規範的法または法規範は社會に生活する一般の人々に直接に宛てられたものであり、第一次的規範として行爲規範であるが、技術的法は統治者またはその代理人に宛てられ、直接に一般の人々に宛てられたものではなく、従て、いはゆる裁判規範、組織規範、手續規範の部類に屬するものであるといひうるであらう。

かやうにしてデュギーによれば、技術的法は統治者及びその代理人に宛てられ、彼らを拘束するのであるが、この拘束力即ち効力はいはゆる國家の命令權 (*une prépondérance commandante de l'Etat*) から發するものではない。それは技術的法の規定が規範的法を基礎とし、規範的法の實現及び適用を保持することを目的としてゐることに基いて生ずるのである。換言すれば、技術的法は規範的法に基礎されてその効力を取得するといふのである。

技術的法の存立は國家の存立を前提するのではあるが、その効力を國家から取得するものでないのみならず、それ自

體もその大部分は國家によつて創造され形成されるものではなく、本來慣習的なものである。技術的法も人々の意識狀態に基いて自らに成立するものではあるが、規範的法が國家と全く無關係に成立するのとは異つて、國家の存立即ち強制の獨占を前提して成立するといふのであり、従て、規範的法が國家以前にも既に存立するのに對して、技術的法の成立は國家の成立ののち、または少くとも、それと同時にであるといふことになるであらう。

四 デューギーはこれを更に詳細に説明して次のやうにいつてゐる。エスキモゝ人の社會のやうに未だ政治的分化の現はれない原始狀態の社會においてはその成員大衆の意識の中に、勿論不明確ではあるが、この法則の違反者に對して團體全體が永久的且つ恒常的な手段をもつて反應するであらうといふサンチマンが現はれるときに、その社會規範が法規範になるのである。かやうな恒常的な社會的制裁の必要に關するサンチマンは原始人の間においては屢々アメリカ人のリンチのやうな形態において現はれてゐる。一定の法則がその違反に對する恒常的制裁をもつて保障さるべきであるといふことについての大部分の者において一致したサンチマンは、例へば、合法的なものとして認められてきた復讐の中にも見出されるであらう。これが法規範の違反に對して與へられる制裁の最初の形式であり、一定の社會規範が法規範になつたことの最も原始的な顯現である。しかし、そこには未だ固有の意味の構成的または技術的法は存立してゐないのである。

一定の社會的團體内に統治者と被統治者との分化が生じたときにおいても、一定の社會規範が法規範となるために、その社會規範が統治者によつて制定化されることも承認されることも必要ではない。ただ大衆の精神がこの社會規範の違反に對する制裁が統治者の有する權力によつて保障されなければならぬといふサンチマンを抱くことをもつて充分である。實定法規の内容が立法によつて成文化されたよりもはるか以前に既に法規範が成立してゐたのである。人人が統治者に對して法の編纂を要求したよりもはるか以前に、一定の法則の違反に對する制裁を規律的な恒常的な手段をもつ

て保障することを要求してゐたのである。司法的機能は立法的機能よりもはるかに早く社會の中に現はれたのである。古代法について知られることはすべてこのことを證明してゐる。従て、社會規範が國家または統治者によつて承認せられ許容せられ形成せられたときに初めて法規範になつた、といふべきではない。むしろ、一定の社會規範の遵守を保障するため、その違反者を處罰するため、違反行爲を抑制するため、違反行爲によつて生じた社會的不秩序をできるだけ恢復するため、それらのいづれかのために統治者が一定の恒常的な且つ規律的な手段をもつて干渉すべきであるといふ意識、必ずしも明確ではないが、かやうな意識が大衆の精神のうちに生じたときに法規範となるのである。

今日一般に主要な法規範のすべてが實定法規の中に制定化されなければならぬと考へられてゐるが、かやうな社會發達のいはゆる立法時代においても、法規 (Law) の中に成文化されたものより以外に法規範がないと考へることは誤りであり、むしろ、その逆が正しいのである。特定の社會團體を形成する個人大衆の意識に基いて既に法規範として成立してゐた法則を再形成したのでない限りは、統治者の制定した規定は法規ではないのである。現代社會においても、法規範を成立せしめるものは立法者の制定ではなく、この法則が統治者によつて實定的な組織的な制裁をもつて保障されなければならぬといふ大衆の意識であるのである。實定法規のうちに形成されながら、なほ未だ法規範でないものがあり、法規範でありながら實定法規のうちに全く規定されてゐないものもあるのである。未だ法規範にあらざる法則を規定した實定法規は實効性なく (impotent)、これを組織化した「法の道」は無用 (unfit) たるに止まるであらう。實定法規のうちに規定される以前に、また、その制裁の方法が組織化される以前に既に法規範となつてゐた社會規範は、従て、組織化された「法の道」を缺如し、これによる保障を未だ具備してゐないことになるのである。しかし、かやうな法規範の違反も社會的反應を招來し、間もなく立法者がこれに關與せざるをえないことになるであらう。

他面において、立法者の關與は必ずしもつねに後から追隨的にのみ行はれるといふものではなく、時としては、先驅

的に先じて行はれる先見的な關與もまたありうるのである。かやうな立法者の先見的な關與は國民の法的意識の形成に甚だ有力に作用し、立法者によつて制定された當時にはなほ未だ法規範の性格を具有しなかつた規定が、後に間もなくこの性格を取得するにいたることがあるのみならず、立法者によつて制定されなかつたよりも一層速かにこの性格を取得するにいたることもありうるのである。實定法規 (loi positive) は客觀的法 (droit objectif) を創らない。しかし、それは確かに客觀的法の形成の重要な一要因ではありうるのである。

優れて實定法規の時代、從て、立法の時代である現代においても、立法者の關與は一定の法則が既に法規範の性格を自らに具備してゐたのでなければ、これに對して法規範の性格を與へえないのである。法規のうちに規定される以前に既にこの性格を具備してゐた法規範は立法者の關與を刺戟し、彼をして間もなくその法則を承認せしめ、その制裁を組織化せしめるにいたるのである。法の法則たらしむるものは立法者ではない。法の法則は立法者と無關係に成立し、立法者を刺戟し、立法者に迫るのである。立法者はこれを編纂するのであり、それ以上ではない。高々、先驅的な先見的な立法の場合において、立法者は新たな法規範の源泉たり根柢たる意識の状態の形成を促進しうるのみであるのである。

技術的法の法則についていへば、それが實定法規の產物、從て、立法の所產であるといふのは、ある程度において眞實である。それは法規範を實現するために必要な一定の技術的手續を定める。從て、それは場合によつては立法者の創造でもありうるのである。しかし、輕成的法に對してもその拘束力を、從て、義務づけの性格を附與するものは立法者ではない。構成的法の法則は法規範のうちにその根柢をもち、それがこの法規範の實現のために適することを理解してゐる意識の状態のうちにその拘束力の源を有するのである。

五 前來述べたやうにデュギーは規範的法と技術的法との分別について可成り詳細に論究したのであるが、私にとつ

特に興味を牽く點は、規範的法が成文法規のうちに概ね直接的に表現せられず、その背後に隠されつつ、それによつて前提され、その根柢たるものである、といふことである。成文法規の大部分は技術的法の法則を表現するものであり、成文法規の全般にわたつて殆ど大部分を占め、單に訴訟法その他の手續法のみに止まらないのである。例へば、憲法典においても、その根幹たる國是に關する規定はいふまでもなく規範的法を表現するものであるであらうが、この國是を保持し顯揚するための諸々の政治的及び司法的組織機構に關する規定は、これに對して同様に規範的法たるのではなく、むしろ、技術的法を表現せる規定であらう。行政法規にいたつてはその殆どすべてが技術的の規定であるといひうる。民事法及び刑事法については既にデュギーの指摘したところである。かやうにして、彼のいはゆる技術的法は單に訴訟法や手續規定につくるものではなく、むしろ、現代法典の殆ど大部分の規定にわたつてゐるとともに、他面において、彼のいはゆる規範的法は法規の規定に直接的に表現されてゐるのは甚だ稀れであり、その概ねは成文法規によつて前提されながら、しかも規定の背後に隠されてゐるのである。そして、かやうな規範的法の實現を保障することが技術的法の目的であり使命であるのである。かやうに見てくれば、デュギーのいはゆる規範的法は一般に「立法精神」と呼ばれ「法の精神」と呼ばれ、あるひは「法の指導原理」と呼ばれるものに通ずるやうに思はれる。ただ、これらを理念としてではなく、飽くまでも實證的に把握しようとしたことが注意される。と同時に、「立法精神」や「指導原理」がかやうなものとして理念的に把握せられず、「規範的法」として把握せられたところに深い示唆のあることを覺えるのである。「立法精神」とか「法の指導原理」とか呼ばれるものこそが法であり、これが興へられた規定を通じて具體的に把握せられ、適用せられ、發動せらるべき當の本體たるものと考へられる。かやうに考へることにデュギーの説は深き示唆を與へてゐるのである。

第三 デュギーにおける法の現象形態

「デュギーは慣習 (*coutume*) と法學 (*jurisprudence*) と實定法規 (*loi positive*) とを「法規範が觀察者に對して現はれる態様」 (*la manière dont elle apparaît à l'observateur*) 卽ち、法規範の現象形態として擧げてゐる。

デュギーによれば、この問題は通常において法源 (*sources du droit*) の問題として提起されてゐるが、それは問題提起の仕方と誤つてゐる。一定の法則に法規範の性格を與へる唯一の要素は個人大衆の精神のうちに存する意識の状態であり、従て、この要素は純心理的なものであるが、慣習も法學も實定法規もそれ自體としてはこの要素をなすものではない。これらのものは單に觀察者にとつてこの要素を認識することに役立つのみである。従て、慣習と法學と實定法とはいづれも法源ではなく「法の法則の歸認手段」 (*les modes de constatation de la règle de droit*) であるといふべきである。

二 まづデュギーにおける慣習の説明を検討しよう。ここでデュギーは規範的法と構成的法との區別を念頭におくことの必要を指摘し、規範的法の法則は直接に一定の行爲の禁止または命指であるが、構成的法の法則はこの規範的法の禁止または命指の實現、命指せられた行爲の實行、禁止せられた行爲の排除、違反行爲の制裁、これらのことを保障するための手續 (*procédés*) を定めるものであることを説き、かやうな構成的法の存立は假令いかに原始的にもせよ一定團體における政治的分化の存立を示してゐると説いたのち、慣習的法則 (*règle juridique coutumière*) として現はれるすべてのものを検討すれば、それが決して構成的法の法則以外のものではないことを認めなければならぬ、といつてゐる。

デュギーによれば、原始民族やゲルマン及びローマの古い慣習において見出されるやうに、法的慣習 (*coutumes juridiques*) の最も古く現はれたのは刑法の領域においてであるが、それらのすべては一致して權力者が慣習に干渉した

ことを示してゐる。例へば、私刑が認められてゐた時代には権力者である首長は私刑の慣習を保護するために、これに干渉した。復讐が認められざるにいたつたとき首長は被害者またはその家族に對する侵害者の賠償の支拂を強制するたに干渉した。古代刑法のすべては慣習が刑法規範 (norme pénale) の違反に制裁を課するための手續を定めてゐたことが見出される。慣習は規範そのものを創り出さず、單にこの規範を制裁化するための手續を創り出すのみである。慣習が拘束的法則である場合にも、それはそれ自體によつて拘束的效力をもつではなく、また、それが法源であるからでもなく、慣習の所産たる一定の手續が法規範を實現する目的と效果とをもつからである。

一定の時、一定の社會において、殺人や窃盜を禁ずる規範を創り出すのは慣習ではない。慣習は單にこの規範の違反者を制裁するための一定の手續を創り出すのみである。従て、慣習の法的效力を詮索することは無意味である。慣習はそれよりも先に既に即自的に拘束的な法規範を制裁化するための手續を創り出すのみであり、この手續の拘束力はその目的たる法規範にこそ基くのである。觀察者にとつて慣習は「この規範を知るための方法」(un moyen commode de saisir cette norme)であり、「客觀的法の確認手段」(un mode de constatation du droit objectif)であつて、それ以上の何ものでもない。

三 刑法の領域における慣習について述べたことは私法の領域、殊に、契約法の領域における慣習についても當てはまる。ローマ法や古代フランス法において慣習によつて創り出された契約の形式主義は、一定規範の實現を保障するための具體的手續の集成に外ならなかつた。そこに定められた手續は屢々迂遠であり、目的を逸脱してゐることもあつたが、それは未發達な社會において何ら珍しいことではなく、畢竟目的實現のための手段の適性に缺けるところあつたことに基くものである。

その後形式主義が消滅し、當事者の自由意志が尊重せられ、慣習が單に當事者の沈黙を補充し契約條項の範圍を確定

することに役立たしめられるにいたつたときにも、慣習は専ら構成的法則たるの性格をもつて現れたのである。それは法の實現を保障することを任務とする官公吏に宛てられてゐたものである。當事者は詳細な内容をもち契約を締結しうるにもかかはらずこれを爲さなかつたとき、裁判官が契約の解釋のために慣習を用ひるのである。明示のない限り當事者において慣習に據らうの意思を有したものと推定されるのは當然のことであるからである。慣習は決して各個人に宛てられた指示 (intention) を含むものではなく、單に裁判官のための解釋の原則を含むのみにすぎない。従て、慣習は法規範を實現するための技術的手段を決定するのであり、この法規範が既に契約の尊重を要求してゐたのである。慣習は決してこの法規範を創り出すものではなく、固有の意味において法源ではないのである。相續制度における慣習についても同様のことと認められる。それもまたその根柢たる法規範に基づく第二次的法則 (secondary conditions) 以外のものではないのである。

慣習の構成的または技術的性格は商法の領域において最も明瞭に現はれる。それは今日のやうな立法時代においてすら大部分は慣習の領域に止つてゐる。初め商慣習によつて創り出され、のちに實定法規によつて確認されたすべての手續は一般的契約法上の關係を實現し制裁化するための一層敏速にして適確な手段を定めるといふ目的をもつてゐたのである。また、契約の尊重を要求する規範を一層嚴格に保障するためのものであつた。人々がこの手續を利用して便利であり實用的であることを欲見したがゆゑに、それが一般化したのである。裁判官はそれを認識し適用することを要求された。それは裁判官に對し、そして、裁判官に對してのみ拘束力を有した。各個人はそれを利用することに拘束されなかつたのである。商慣習はすべて技術的手續であり、その根柢たり目的たる規範的法に基いてのみその價值と效力を取得するのである。

四 公法の領域においても慣習の構成的または技術的性格は明かである。この領域において技術的法則の原因たる慣

行 (usage) を形成するものは官公吏によつて行はれる實例 (practice) であるが、それは既存の法規範の違反を制裁するため一定の仕方において手續することの習慣 (habitude) であり、權力把持者またはその代理人によつて形成される習慣である。彼らはいかに手續すべきものと考へてゐるのである。この場合において個人大衆ではなく、單に少數の者、權力把持者、統治者またはその代理人のみがこれに關與するのである限り、ここで個人大衆の意識は問題とならない。これらの者によつて用ひられる手續が漸次に法の法則となるのである。けだし、それは大衆の精神に深く滲透せる法則、彼らが社會的聯帶のために必要であり且つ正當であると考へるところの法則に對する違反を制裁することを目的としてゐるからである。換言すれば、公法的慣習は大衆の法意識に深く滲透してゐる法規範の違反を制裁するための技術的手段、「法の道」を創り出す以外のことではないのである。

五 法規範の現象形態の第二のものとして擧げられるのは法學である。ここでデュギーはそのいはゆる「法學」(jurisprudence) が専門の法律家や官公吏のやうに法の知識をもつと推定されるすべての人々によつて與へられた解釋の集積を意味することを斷つてゐる。

デュギーによれば、ザヴィニエ、プフタ、ベーゼラー等のドイツ歴史學派は「法曹法」を第三の法源として擧げたが、それには根據がない。法律家は法規範の種々な法則を發見すべく努力すべきであるが、それをアブリオリに形成すべきではない。むしろ、それを認識するために役立つ凡ゆる要素、實定法規の規定、實際に行はれてゐる慣行、現實の經濟的需要、正義の實現へのアスピレーション等々、要するに法規範を形成する凡ゆる社會的事實を考察してこれを發見すべきである。従て、法學は法規範の源泉ではなく法源ではない。

しかし、法學の役割は社會意識の所産たる法規範を認識し發見することに限定されず、限定さるべきではない。法學はまた意識の一定狀態を形成することに寄與することができ、寄與すべきである。一定の社會團體における理念の形成

に指導者のみが優越的影響を與へるといふやうには考へられないが、しかし、その強力な影響は無視されえないであらう。法の領域における指導者である法律家たちは一定の法規範の源泉である意識の一定状態を形成することに寄與することができる。歴史學派における「法曹法」の眞の意味はこの點にあるであらう。法學のこの影響力は文化の可成りに進んだ時期にいたるまでは現實化しない。他面において、それは立法編纂によつて制約を受ける。いづれにしても、法律家は一般的意識のうちに既に存立する法規範の法則を認識し、それを發現せしめ、それに形式的精確さを與へることができる。彼らはまた法規範の源泉である意識の一定状態の形成に寄與することができる。しかし、一つの法則に法的法則たるの性格を與へ、法的效力を與へるものは彼らの法學ではなく、つねに且つ専ら、社會團體における個人大衆の意識の状態であるのである。

法律家の仕事は慣習あり有力である。社會關係が複雑化すればそれに伴つて法的技術の手續も複雑化する。かやうにして、法律家たちは立法事業にたづなはり、これを準備し容易たらしめることに協力する使命をもつ。實定法規が規定する以前に屢々慣習が一定の技術的手續を設定してゐるが、法律家の関與はこの手續の形成を指導し完成することに有力に寄與するであらう。しかし、そこに獨自の「法曹法」(choix des juristes)の成立する餘地はないのである。もし「法曹法」といふ語を用ひるとすれば、法學が慣習形成の一要因であること、法學が法規範に基く構成的法則の創造に寄與すること、それ以上の意味においてではありえないであらう。

かやうにしてデューギーによれば、法律家は一方において社會的諸事實の觀察のもとに法規範を發見するといふ科學的任務をもち、他方において既存の法規範の實現を保障するための構成的法則を準備し、または、整理するといふ技術的任務をもつ。しかし、いづれにしても、法學は法規範の源泉ではなく、單にかやうな任務をもつものとしてそれ自體法規範確認の一手段であるのである。

六 デュギーは前述のやうに「法曹法」を検討したのち、「法廷法」(droit des tribunaux)をも検討してゐる。彼によれば、「法曹法學」(jurisprudence des juristes)が確立されたよりもはるか以前に「法廷法學」(jurisprudence des tribunaux)が形成されたことは確かである。それは争訟事件における官公吏の裁決の集積である。疑もなく、人間社會の歴史において統治者の司法的機能は甚だ早く現はれた。しかも、この機能の性質が眞に理解されたのははるかのことである。統治者の司法的關與の形式は種々様々であつた。彼の役割は屢々は當事者間の實體的争訟の結果を確認することに限定された。それはまた一定の形式または儀式の適用に限定された。これらすべては第二次的秩序 (ordre secondaire) に屬することである。原始人においても近代國民においても、二つ以上の社會團體間の争訟には權力の把持者がその解決に關與したが、彼はその際に先例 (précédens) に従て裁決した。かやうにして同様の裁決が連續して行はれるにつれ、判例的法則 (règle jurisprudentielle) が樹立せられ、成文立法がこの判例的法則を確認し修正し廢止するにいたるまでは、爾後の裁決はすべてこれによつて行はれることになるのである。

しかしながら、慣習法の外にこれとは別な「法廷法」があるのではない。法廷法學の役割は法曹法學の役割と全く同一である。法廷は一定の争訟についてそれを解決すべき法規範を發見するやうに努力しなければならない。そのために法廷は法律家として手續しなければならないのである。即ち、事實を調査し、時の要求及び傾向を洞察し、社會連帶の要求と正義のサンチマンとの要求に合致するやうな解決を探究しなければならないのである。幾度も同種の争訟問題に當れば裁判官は自らに同一様の解決に到達するであらうし、勿論、同一の法則を適用するであらう。彼らの判決は皮相な觀察者にとつては新たな法規範の創造と見えるであらう。しかし、決してさうではない。裁判官は解釋者以外のものではない。彼らは確かに法の法則を發動せしめるが、この法則は彼らの判決に先行する。それは彼らに課せられてゐる。判決が順調に實行せられ、大衆がそれを納得することは、その判決が眞に法規範に合致したことの表徴である。裁

判官の判決も屢々は大衆の精神のうちで完成するところのものを準備し、それを促進し助成するであらう。裁判官は刺戟者であることができ、先達者であることができる。しかし、彼らは決して創造者ではなく、また、創造者ではないのである。

法律家として彼らは構成的法則の技術的體系を建設する。それが彼らの主要な役割である。この構成的法則が、屢々見られるやうに、實定法規のうちに攝取せられ吸収せられるまでは、依然として法學的法則、即ち、慣習的法則を形成する。「法廷法」は「法曹法」と同様の意味においてより外に語られえない。法廷は規範的法の法則を發見し表示するが、それを創り出すのではない。規範的法の法則はそれ自體によつて成立し効力をもつのである。法廷は一定の慣習的構成的法の法則を形成することに寄與し、慣習的形成の重要な要因を創り出すが、しかし、かやうにして形成された慣習法の効力は判決に基づくのではないのである。

要するに、その形成の態様がどうあつても、慣習法はつねに構成的または技術的法であり、その効力の根柢は法規範にある。「法曹法」及び「法廷法」の問題は畢竟は慣習の問題に歸するのである。

第四 デュギーにおける法規範と成文法規

一 デュギーは「成文法」(loi écrite)と「實定法」(loi positive)とを同義に用ひつつ、さて次のやうにいつてゐる「ここでは實定法がそれ自體によつて法源たるものではなく、それ自體において法規範たりうるものでないことを理解しなければならぬ」と。

彼によれば、法が社會的必然性のサンチマンと正義のサンチマンによつて刺戟された個人大衆の意識からの自らなる所産であるとすれば、これが法規範のすべてであつて、これとは別に法規範たるものはありえない。各個人大衆の意識

から自らに生成し、社會的必然性と正義のサンチマンに適合するがゆゑに行はれる法の法則と、主權的命令的意志に發するがゆゑに強要せられる他の法の法則とが同時に竝存するといふ法的二元論は許されない。しからば、實定法は法の法則の表現の一態様 (*un mode d'expression de la règle de droit*) としてより外に考へられない。立法はこの法の法則を創らず、ただこれを確認するのみである。そして、實定法はこの法の法則に合致するがゆゑにのみ行はれるのであり、服従は法規そのものに對してではなく、法規範を表現し、また、それを發動せしめるものとしての法規に對してのみ義務づけられるのである。法規は概ね大衆によつて履踐されるが、それはその法規が人々の一般的傾向、需要、サンチマンに適合したからである。法規はそれ以前に存立してゐる法規範を再形成するのでない限り實効性を有せず、それ自體實効性を有するためにはその名宛人たる人々の意識によつて支持されてゐるのでなければならぬであらう。

一定の規範的法則がなほ未だ實定法規のうちに規定されない以前においても、その規範的法則に對する違反行為が發生したときにその規範的法則が人々の精神のうちに明確に現はれるのである。一般の人々よりも明晰な精神は逸早くそれを認識し、さやうな精神の影響のもとに一般大衆の意識のうちに於けるこの觀念の形成が一層促進されることもあるのである。しかし、これを大衆に眞に了解せしむるものは却てその法則の違反であり、その反復的違反である。反復的違反が人々の精神にそれを抑制する規範の存在を自覺せしめ、實定法の制定を促すのである。しかも、その實定法は規範を創造するのではなく、既存の規範を制定化し編纂するのみであるのである。

かやうにして、法規が法規範の表現の一態様にすぎぬとすれば、立法の役割には慣習や法學について見出されるものと格別に異つた何ものも見出されえない。ただ、法規は慣習や法學よりもはるかに精確な確認手段であるのみである。慣習や法學は客觀的法の確認の手段であるとしても、それは不可避免的に不精確にして且つ流動的な手段である。のみならず、慣習や法學は法規範の實現を保障するために不完全な技術的手段をしか組成しえない。またそれは、いはば、最

い暗中模索の連續ののちでなければそこまで到達しえない。時には充分敏速に結實することもあるが、多くの場合その技術的手續は長期にわたつて不確實であり、流動的變化的たるに止まるのである。

しかるに、實定法はその目的たる法規範を精細に表示しうるといふ利益、また、その制裁を保障する技術的手續を完全な且つ精確な方法において一舉に組成しうるといふ利益をもつてゐる。それは一般個人に對する、または、特殊的に官公吏に對する行爲の法則を一舉に制定しうる。しかし、實定法はその構成的部分においても、その規範的部分においても、それ自身に命令を含まないことは明かである。

二 法規範が既にそれ自體において法規範であるのでない限り、實定的立法は法規範を表現する法則を制定しえず、人々の意識によつて自らに生成する法規範に基かざる限り、實定的立法はいかなる構成的法則をも制定しえないのである、その限りにおいて、立法の機能は慣習や法學や裁判と何ら本質的に異なるところなく、その機能は畢竟するに確認的であり再形成的であつて、創造的ではありえないのである。

しかしながら、實定的立法は法學や裁判と同様に、むしろ、それらよりもはるかに強力に且つ能動的に、この法規範の創造創生を促進することに寄與することができるのである。

實定法は統治者によつて形成される。統治者のこの權能は自然的な政治的分化の結果であるが、この分化は種々な條件のもとに發生するであらう。しかし、いづれにしてもそれは大衆の精神が他のいかなる個人にも屬しない一定の特性を統治者に歸屬せしめ承認し續けるのでなければ維持せられないのである。このゆゑに、統治者は特に強力に一般輿論に對して作用力(action)をもつ。近代の民主社會においては統治者の權力は明確にせよ不明確にせよ多數者(majority)を代表する者に歸屬した。そして、實定法はいはば輿論の表現であるのである。實定法と輿論との間に必ずしも完全な適合がない場合があるとしても、實定法の制定者たる議會が輿論に對して密接な影響と關係を有することは事實であ

る。議會と輿論との間に作用と反作用の連續的關係があることは實定法の規定が大衆の精神によつて受容せられることを促進する所以でもある。實際に、立法機關が何であると、輿論を表現する方法が何であるとを問はず、輿論と立法者との間には連續的な滲透關係があるのである。

かやうにして、立法と輿論との密接な滲透關係のゆゑに、立法が輿論に對し、従て、法規範の根柢たる大衆の意識狀態に對して強力に促進的機能を有しうるのである。これが立法のもつ能動的機能である。

三　なほ實定法は法學や慣習には見出されえない一つの消極的權威 (une autorité négative) をもつてゐる。即ち、實定法は法律家にとつては一つの典據 (un document) であり、裁判官及び行政官にとつては一つの制約 (un limite) である。

法規範は法律家の自由な批判によつて動かされることなく存続する。法典 (texte de loi) のうちに直ちに法規範の法則を見るべきではない。むしろ、凡ゆる良き批判的方法によつて何が眞に法の法則であるかを探究すべきであり、公布された法典が現實に法規範をよく表現してゐるか否か、それが法規範との適合において構成的法則を制定してゐるか否かを、全く獨自的に探究すべきであるのである。一國の立法機關に發する實定法の規定はすべて直ちに法規範であり、これに對して法律家は文句なしに従はなければならないといふのが今日なほ多くの人人の採る見解であるが、もしさうだとすれば、法の探究は效なき努力であり、純粹に操作の仕事 (travail de manœuvre) たるに止るであらう。實定法は法律家にとつて一つの典據であり、それ以上の何ものでもない。換言すれば、實定法は一定の社會團體内において強行せられる法規範について、また、それを發動せしめるためのより良き技術的手續について爲さるべき探究のための一要因 (un élément) であるのである。かやうにして、實定法は法律家にとつて貴重な典據である。しかし、典據以上のものではないのである。

他方において、實定法は行政官や裁判官、即ち公的代理人 (agent public) にとつて一つの制約をなす。實定法がある事項について何ら明示的規定をもたないとき、または、それをもつたとしても不明確であるとき、彼らにとつて可成りに大きな自由裁量の餘地が與へられる。しかし、實定法に規定されてある限りは、彼らはその活動においてこれに制約される。彼らは實定法の規定に反しては何ごとをも爲しえないのであり、この意味において彼らは立法者に階序的に從屬してゐる。これが近代精神の到達した觀念であるが、それは統治者の專權に對する良き保障手段であるといふ一般のサンチマンに基いてゐるのである。

ところで、實定法の規定が、これをもつて人々が裁判官や行政官に對する制約として強要さるべきものとはもはや認めえないほど明かに、時代の法意識に矛盾するにいたることがありうるであらう。それが法典によつて彼に課せられてゐる規定であるといふ口實のもとに裁決を爲す裁判官や行政官は、その裁決が非現實的であり、もはや實効性を有しないであらうことを知らなければならぬ。かやうにして、法典の規定はそのままに存続しながら實効性を失ひ、無用のものとして脱落することがありうるのである。ここに屢々掲げられる問題、慣習は實定法の明示的規定を廢止しうるかといふ問題、即ち、慣習法の廢止的效力の問題といはれるものが生ずるのである。

四 しかしながらデューギーによれば、慣習が實定法の明示的規定を廢止しうるか、といふ問題の出し方は誤つてゐる。慣習も實定法もそれ自體として法の法則であるのではない。従て、一方による他方の廢止といふことは問題とならない。しかし、實際に法規範を眞に表現するものが慣習であり、法典の規定がそれと矛盾することが明かである場合、いかに處理さるべきかは問題たりうる。この場合にデューギーは慣習によつて示される規範を適用すべきことが否定されえないとしてゐるが、同時に、この場合に最も注意深く手廻すべきことを指摘してゐる。

デューギーは更に、この問題は今日のやうな立法優越時代において法典の規定がある事項に關し沈黙し、または、不明

確であるとき、法學が實定法に對していかに態度すべきかの問題を招來するとなし、概ね次のやうにいつてゐる。法の自發的創造 (production spontanée) は決して停止せしめられえず、裁判官は彼の評價裁量において立法から絶對に自由であり、彼は假令明示的ではないとしても立法者の現實の意志であつたと人々の主張するところのものによつて拘束されるものではないと考へると。デュギーによれば、法典はあるがままのものであり、それだけのものとして受取らるべきである。そこには立法者の明示せざる内奥の意志が何でありえたかを探究する何らの據點もない。それはその明示的形式のままに裁判官や行政官を制約するが、それ以上の何ものをも含まないのである。

法典の規定に對するデュギーのかやうな見解は一見してはいはゆる概念法學の態度に通ずると見られるかも知れない。法典の規定はあるがままのものであり、それだけのものとして受取らるべく、その背後にあるべきやうな立法者の意志を詮索すべきではないといふのである。これはたしかに概念法學の態度に通ずる。しかし、デュギーにとつて法典の規定は法規範ではない。法規範は法典より先に法典とは獨立に存立してゐるのであり、法學はこの法規範を探究の對象とし、裁判はこの法規範を適用するのである。ただ法典の規定は法規範認識の典據であり、裁判官及び行政官に對して制約であるだけである。従て、デュギーの見解は法典の規定そのものに法規範を見る概念法學の態度とは本質的に趣を異にするものといはなければならぬ。

五 かやうにしてデュギーにとつては、現實に法規範を創り出すものは實定法でもなく法學でもなく、つねに一定の社會團體における法意識であるのである。

デュギーはこれを客觀的責任の觀念の形成發展を例證に採つて論究してゐる。彼によれば、責任に關する法規範は長い間ナポレオン法典の第一三二條の規定によく表現されてゐた。過失によつて他人に損害を與へた者は損害賠償の責に任ずるが、過失がなければ賠償の義務がない。長い間法意識はこれ以上に進まなかつた。しかるに、近代にいたつて

科學的發見と産業の興隆によつて生じた經濟的變化のもとに、また、資本の集中といふ甚だ特徴的な現象の影響のもとに、責任に關する傳統的規範がもはや不充分であること、個人または團體によつて過失なしに生ぜしめられた損害もまた賠償せしめられなければならないことについてのサンチマンが生じた。かやうにして、過失責任の舊來の法典と相並んで新たな法規範が生じたのである。これを生ぜしめたものは法學またはその理論である、といふべきではない。法學はこれを確認し明確に理論構成したのみである。また、過失責任に關する實定法的形式が依然存続してゐたにかかはらず、そのことは危険責任に關する新たな規範の出現を少しも妨げなかつた。のみならず、實定法そのものがある特定の場合について危険責任の法則を認めた。しかし、この法則は立法の關與する以前に既に法的效力をもつてゐたのである。従て、立法の關與によつて初めて生じたものでもなければ、法學によつて初めて生み出されたものでもなく、それ自身獨自的に生成してゐたものを立法及び法學が確認し、立法はこれを制定化し、法學はこれを理論的に構成したのである。

六 かやうにしてデューギーによれば、現代のやうな立法優越の時代においてすら、實定法規に制定化されると否にかかはらず法規範は自發的に生成し、その拘束力は特定社會團體の人人の法意識より以外の根柢を有しえないのである。實定法規の外にそれとは別の新しい規範的法則が自らに形成せられ、それが間もなく實定法規にまで制定化されることもある。これに應じて構成的法則も實定法規とは別に自らに形成される。時として實定法規がそれを言語をもつて容認し制定化するが、また時としては成文上それを無視しつつ、しかも、實際上それを容認し適用することもあるのである。のみならず時としては夥しい數の構成的法の規定の適用を統制するために一定の規範を形式的に公布することが既に無用であるといふやうなことをすらある。それらの構成的法の規定が成文上または形式上なほ存続してゐるにもかかわらず、實質上は既に實効性を失つてゐたのである。

以上述べたところから歸結すれば、近代の社會においては實定的立法活動の非常な發達にもかかはらず、法規範と實定法規との間、客觀的法と立法的法 (*droit législatif*) との間に必ずしも充分な一致は存しない。この一致の缺如を承知の上ならば法及び法規の法則 (*règle de droit et loi*) として「客觀的法」といふ語を用ひてもよいであらう。しかし、我々は法規 (*loi*) が法 (*droit*) でありえず、少くとも法の全部ではないことを記憶しなければならないというのである。

第五 デュギーにおける公法と私法の區別

一 デュギーは國家の人格性を否定する。従て、いはゆる主權的團體人 (*personne collective souveraine*) とその意志に服する人民との關係に適用される法則の存在、單なる個人間の關係に適用されるものとはその根柢及び目的において異つた法則の存在を否定する。のみならず、主權的人格即ち國家の庶子的人格である公法人なるものの存在を否定するのである。彼にとつては、統治者も被統治者と同様に社會的連帶の結條の中にあり、等しく人々の意識に基く法の法則に服する一個人であるにすぎない。統治者と被統治者との關係及び被統治者相互の關係には同一の法の法則より外に適用されないものである。彼によれば、公法上の人格と私法上の人格との間にも何ら區別が認められないのみならず、抑々「法人」なるもの自體が畢竟は多數個人の關係に外ならず、共同目的を追求する多數個人がその實體であるにすぎないのである。

近代法上統治者またはその代理人は屢々片務的行爲 (*acts unilatéraux*) を爲すが、それは彼らが主權者またはその機關であるからではなく、畢竟共同利益の目的のためであるからであり、また、法がそれに法的效果を與へるからである。國家目的のために爲されるすべての行爲は同様の性格を有する。そのすべてはその價值及びその效力を主權か

ら與へられるのではなく、法に基くがゆゑにこれを取得するのである。いづれにしても、統治者またはその代理人によると、單なる個人によるとを問はず、すべての法的行爲は同一の性格を有する。けだし、それらはつねに人間の意志に發するのであり、また、それに伴ふ法的効果は法によつて與へられるのであるからである。

二 かやうにしてデュギーは公法と私法の區別を否定するやうであるが、他の觀點から「公法と私法の傳統的古典的區別を維持することは必要である」といつてゐる。彼は「近代社會において法の領域は著しく擴大し、兩者の區別を必要ならしめた」といひ、「それは近代法の無數の法則を秩序と方法をもつて研究するために不可避的條件である」といつてゐる。

従て、デュギーにおける公法と私法の區別は理論的ではなく便宜的なものであり、デュギー自身それが *artificiel* のものであることを認めてゐる。そして、デュギーはこの區別の基準が法の制裁の態様と相對的に一致するとなし、公法は國家に適用される法の法則の全體であるとしてゐる。しかし、彼の意味する國家はその實體において統治者、即ち、一定の團體内において實質的強制力を有する個人に外ならず、彼自らこのことを公法と私法とを區別するに際して看過すべからざることを指摘してゐる。

三 彼によれば、公法の第一の部門は一般に憲法と呼ばれるが、むしろ、公組織法 (*droit public organique*) と呼ばれるべきである。それは畢竟、統治者の活動の範圍、その權力の代理、代理人の地位、代理人相互及び統治者との關係、等を定める法則から成つてゐる。

公法の第二の部門は更に分別して、行政法 (*droit administratif*) と司法法 (*droit judiciaire*) となり、司法法には訴訟法及び刑法が含まれるが、要するに、統治者及びその代理人の外的活動に適用される法則から成つてゐる。

四 かやうにして、デュギーは公法と私法とを區別することは近代法を秩序的に研究する上に必要であるとしたが、

しかし、この區別に對して事實において存しない價值を與へてはならぬことを戒めてゐる。彼によれば、公法と私法とは同一の精神、同一の方法で研究されなければならず、同一の根柢に立脚し、公法行爲も私法行爲も同一の要因によつて形成され、同一の性格をもつのである。ただ、公法の制裁と私法のそれとは同一の條件のもとにありえず、兩者の區別はただこれにのみ基くものである。けだし、國家は強制力の主人であり、選擇的行使の特權を有するからである。國家は強制力の獨占者であり、自己自らに對してこれを行使しえない。この事實が公法に特別な性格を與へるのである。

第六 デュギーにおける國際法の觀念

一 デュギーの國際法觀には彼の立場に由來する特異な點が見出される。彼はまづ國際法の根柢に關するフランス學說とドイツ學說との間の顯著な對立性を指摘してゐる。

フランスの多くの學者たちによれば、人間がすべて平等にして自律的な個體であり、かやうなものとして自然的基本權の主體であるやうに、國家はすべて平等にして獨立的な人格であり、かやうなものとして自然的基本權即ち主權の主體である。國家は主權的であるがゆゑに對内的及び對外的に自由に活動しうる。しかし、自律的な個人が自由に活動する權利を有しながら、しかも、その自律的な活動に當つて他の者の自律性を尊重しなければならないと同様に、國家はその獨立的主權の行使に當つて他の國家の主權的獨立性を尊重しなければならないのである。各個人の自然權が他の者のそれによつて制限されると同様に、各國家の主權は他の國家のそれによつて制限されるのである。

即ち、フランス學說においては客觀的國際法が國家の主權といふ主觀的權利に基けられてゐる。國內法においては自律的個人人格の自然權、國際法においては主權的國家の自然權がその根柢とされるのである。これに對してはフランス學者のうちにも、國際法は組織された制裁を備へないがゆゑに法ではない、といふ異説がある。この異説に對してフラ

ンス學説の人々は、組織された制裁手段を有しないのは國內公法においても同様であると答へる。國家は強制力の獨占者であるから自己自らに對して強制力を行使しえない。しかも、國內公法の存立は否定されえない。他面において法的物的強制力によつてのみではなく、心理的強制力によつても保障せられ、これをもつて既に法の性格を認むるに充分である。心理的強制は不完全ではあるが、それは國際法にも缺けてはゐない、といふのである。

これに對して國際法の根柢に關するドイツ學説によれば、國家は主權を有し、それ自身によつてより外には制約されない固有の意志を有する。この意志が限定されるとすれば、その限定はそれ自身の意志によつてより外にありえない。國家はその人民との關係においては自發的に、即ち、一方的行爲による自己限定によつて國內法に服する。しかも、自己限定に基く限り依然として主權的である。國家相互の關係においては多數國家の合意による條約的限定に服し、これによつて國際法が創設される。條約的限定も國家自身の意志に基く限り自己限定である。従て、國家の自己限定が國內公法の根柢たるとともに國際法の根柢でもある。國內法にとつては一方的(unilateral)、國際法にとつては條約的(Conventionell)、しかし、いづれにしても自己限定たることに變りはない。ドイツ學者にも國際法を否定する者がゐるが、その論據及びそれに對する反駁論はフランスにおけると概ね同様である。

二 デューギーはこれらのフランス學説もドイツ學説もともに不當であるとして次のやうに論ずる。

まづ、これらの學説は主權及び主權の主體としての國家人格を前提してゐる點において不當である。假りにこの前提を承認しても、今日の現實の國際關係のもとにおいては主權は他の主權的人格の並立によつて自律的であらんがために主權的ではありえなくなる。この場合において他國家との關係における國家の自律性や主權性の限定を、いづれの學説も充分に説明しえてはゐない。

フランス學説は國家の基本權に出發するが、デューギーにとつては抑々法的主體といふことは單なる形而上學的假定に

すぎず、從て國家は人格ではなく、權利の主體ではありえないがゆゑに、國家の基本權といふ觀念も根據のない單なる假説といふことになるのである。更にデュギーは、假りに國家が人格であり權利の主體であるとしても、かやうな權利の主體として他國家の主權性を制限しうることをいかにして説明しうるか了解することができない、といつてゐる。のみならず、デュギーによれば國家の基本權に出發する學説は本末を顛倒してゐる。人格が權利を有しうるためには他の人格との關係のうちに存しなければならぬ。從て、客觀的法に服する社會の存在がそこに既に前提されてゐなければならぬ。同様に國家も他の國家との關係のうちに入り、客觀的法に従ふのでない限り基本權を有しえないのである。從て、國家の基本權の存在から國際法の存立を説くことは不可能であり、本末顛倒である。

これに對してドイツ學説は國際法の存立を直接に論證しようとして合意といふことをもち出す。國家は合意即ち條約によつてその主權性を自發的に制限する。そして、この制限の全體が國際法を形成し、この制限が自發的であるがゆゑに國家の主權性は害せられない、と説く。しかし、國際法が諸國家の合意以外の他の根柢を有しないとすれば、それは法ではありえない。これを創り出し、自發的にこれに従ふ者のためにしか存在しない法則は法の法則ではありえないのである、とデュギーは主張する。

三 しからは、デュギー自ら國際法の根柢をいかに解するか。デュギーにとつて特定の社會團體内に法が自らに生成する場合と何ら異なる根柢がないのであり、ただ、それが複数の社會團體にわたるのみである。このゆゑに彼は國際法を「間社會的法規範」(norme juridique intersocietale)とも呼んでゐるのである。

デュギーによれば、まづ國際法は個人と異つた實在的人格と見られる多數團體、即ち、多數國家そのものに適用されるのではなく、それらの國家を組成する各個人に適用されるのであり、他方において、國際法の規範は各別の國家を組成する人々が相互的聯帶について抱く意識に基くより以外に何ら根柢がないことを注意しなければならぬ、といつてゐる。

る。

相異つた多數の團體の成員相互の間に聯帶の結條が生じ、これが社會性のサンチマンと正義のサンチマンを共通に形成するほどに充分に頻繁に接觸し、充分に繼續的に交渉する場合に、この社會性のサンチマンと正義のサンチマンとが擴大して間社會的な、即ち、國際的なサンチマンとなるのである。それは相異つた國家の成員相互の間に生ずる相互依存性のサンチマンであり、共通した正義のサンチマンである。これが間社會的法、從て、國際法の根柢であるが、それは特定の社會内における法と全く同一の理由、同一の根柢、同一の必然性に基いて生ずるのである。

かやうな國際法は獨自的人格と見られる國家そのものに適用されるのではなく、國家を組成する個人に適用されるのであるが、このことは政治的分化の生じた社會相互間、從て、國家相互間の場合は、政治的分化の生ずる以前の場合に比較して稍々複雑となる。即ち、前者の場合において國際法は特に夫々の國家における權力の獨占的掌握者である個人に對して適用される。けだし、この場合において間社會的關係に立つのは特に彼らであるからであり、彼らこそ國際的聯帶の實現を保障するために最も良き地位にあるからである。要するに、國際法の主體も國家そのものではなく、國家の成員である個人であるのである。

國際法にはなるほど「法の道」、法の法則の違反を制裁するための強制手段の組織がない。しかし、國內法の發達においても構成的手續「法の道」の組織化には長い努力が必要であつた。しかも、規範的法はそれが組織化されるはるか以前に既に成立してゐたのである。國際法においても同様のことが認められるであらう。國際關係においても構成的手續の創設のためには多くの困難な努力が拂はれてきてゐるのである。

第七　　む　　す　　び

一 デュギーは飽くまでも實證的科學的立場を主張し、法規範の検討に當つてもこの立場に立つて、實證的觀察の對象である二つの社會的事實、即ち、人間が自覺的存在であるといふこと、しかし同時にまた、社會的存在であるといふこと、この二つの社會的事實から出立する。この二つの社會的事實に基いて人間行爲の法則は因果法則ではなく、目的法則であり、従て、規範である。人間にとつて社會が必然であるやうに、社會と社會規範とは不可分である、といふのである。

ただ、規範の規範性、その義務づけ的効力、または、その命令的性格は、デュギーにおいて實證的な社會的事實以外の何ものにも基くのではなく、それ自體また嚴然たる社會的事實である。新カント學派の人々は規範と事實、當爲と存在とを峻別し、兩者はその系列を異にする二つの範疇であるがゆゑに、一方から他方を導き出しえないことを主張した。規範は事實から導き出されえず、當爲は存在に基きえない、といふのが新カント學派の提唱である。これに對してデュギーは社會規範の規範性をそれ自體社會的事實として見るとともに、人間が自覺的存在であるとともに社會的存在であるといふ基本的な社會的事實に基くものと主張するのである。

二 かやうな社會規範は現實的に無限に變化するが、しかも、デュギーによれば社會規範にはつねに三つの態様または種別が見出される。經濟規範と道德規範と法規範とである。これら三つの社會規範のうち法規範はそれ自體に固有の内容を有するものではなく、經濟規範及び道德規範の轉化したものである。従て、デュギーにとつて經濟規範及び道德規範から法規範へ轉化する契機が重要問題となる。デュギーによれば、この契機は、一定の經濟規範または道德規範が一般的に遵奉されるのでなければ社會的聯帶の結條が破壊されることの意識、及び、そのゆゑにその規範が統一の力によつて保障され、その違反が制裁されることが必要であるとともに正當であるといふ意識が個人大衆の精神に懷抱されることである。従て、デュギーにとつて法規範は個人大衆の意識狀態のうちに自らに生成發展するものであるが、この

意識、即ち、法意識を形成する要因をデュギーは「社會性のサンチマン」と「正義のサンチマン」と呼ぶのである。

しかも、デュギーにとつて「正義のサンチマン」は「社會性のサンチマン」とともに實證的事實に外ならず、このゆゑに正義の「理念」ではなく、この「サンチマン」がデュギーによつて特に注意深く選ばれた表現であつたのである。

三 かやうに、法が個人大衆の意識のうちに自らに生成するものであるといふデュギーの主張は、デュギー自らの指摘するやうに、ドイツ歴史法學派の主張に通ずるものをもつてゐる。歴史法學派にとつても、法は民族生活のうちに自らに生成する民族精神の現はれであつたのであり、相似た思想はモンテスキューにおいても見出されるであらう。

しかし、デュギーは民族精神を個人意識から獨立の自立的精神として説く歴史法學派の主張に對して不滿をもつものである。デュギーにとつて意識はすべて個人によつて擔はれるがゆゑに個人意識なのであり、それ以外に獨立的な社會意識や民族精神を説くことは形而上學的立場として排斥されなければならないのである。

このゆゑに、デュギーが法規範の生成を個人大衆の法意識に基くものと説く場合においても、そのいはゆる「大衆」は結局において各個人の量的總計としての大衆に外ならないのである。デュギーがつねに「個人大衆」といふ表現を用ひるのはそのゆゑであるであらう。しかし、この量的總計としての大衆を質的統一にまで結成するところのものは決して單なる個人意識ではない。意識はすべて個人によつて擔はれるとしても、しかも、個人を超えて個人を包む全體的意識でありうるのである。それが人間の自覺的存在することの本質であり、また、人間存在の社會性の眞の根柢でもあるのである。人間は社會のうちに生きつつ、社會がまた人間のうちに生きるのであり、各人は國家のうちに生きつつ、國家がまた各人のうちに生きるのである。このことを歴史法學派はよく洞察したが、デュギーはこれを形而上學の見解として排斥したのである。しかし、これは單純に形而上學の見解として排斥さるべきではないであらう。その社會聯帶性の主張にもかかはらず、デュギーの個人主義的な傾向はこの點に胚胎してゐると思はれる。

四 デュギーにとつて法規範が個人大衆の意識のうちに自らに生成するものである以上、それは必ずしも成文の法典に編纂されることを要しない。法典に編纂される場合においても、その概ねは成文規定の背後に前提されつつ隠されてゐる。法典の規定は一定の法規範の存立を前提し、それを單的に表現するか、もしくは、それを保障するための手續方法等、即ち、デュギーのいはゆる「法の道」を定めたものである。かやうにして、デュギーは規範的法と技術的法とを區別し、規範的法が第一次的法であるに對して、技術的法は第二次的法であるとする。技術的法は既に個人大衆の意識のうちに於いて自らに生成した規範的法を保障するための手續や方法を定めるものであり、従て、規範的法が目的で、これに對して技術的法は手段的地位にあり、このゆゑに「技術的」と呼ばれるのであらう。

近代法典の概ねの規定はかやうな技術的法を掲げてゐるといふのであるが、ここにデュギーの鋭い洞察の一つが見出される。十九世紀の概念法學が法典の規定そのものに法規範を見、規定の文言的解釋によつて法を把握することに向つたのに對して、法規範が規定の背後に前提されつつ隠されてゐるといふ主張が、この規範的法と技術的法との分別によつて一層明確にされたのである。

五 法規範が個人大衆の意識のうちに自らに生成すると説くデュギーにとつて、法が國家と無關係に國家よりも先に成立する、と説くことは當然であらう。しかし、そのデュギーにとつても技術的法の成立は國家の存立を前提するものとされるのである。けだし、技術的法は規範的法の保障のための手續方法を組織したものであり、この組織及び保障を擔當する主體としての統一の力がなければならぬからである。

かやうに、技術的法は國家の存立を前提するといひながら、デュギーにとつてこの技術的法の規範的效力は國家から發源するものではなく、それが一定の規範的法のためのものであること、従て、規範的法に基くものとされるのである。

かやうに法を國家と無關係に國家以前のものと見る見解は自然法學派以來近代法治國家の思想的根柢となつたものであるが、そこには結局において、國家を權力の擔荷者または政府と同一視する見解がひそんでゐるやうに思はれる。國家をば統治者と被統治者との全體的統一と説く場合においても、さやうに説くことの背後に國家をば統治者の側において考へてゐる見解がはたらいてゐるやうに思はれる。このゆゑに、國家と人民との對立觀がつねにその主張の根柢に隠されてゐたのである。

しかし、法が自らに生成する有機的なものであるとすれば、國家はかやうな法の有機的生成を可能ならしむる現實的基盤であると考へられる。法と同様に國家もまた國民各自によつて擔はれつつ、しかも、國民各自を超えてゐるのであり、かやうなものとして、彼ら國民各自にとつて規範であるとともに、彼らの秩序生活の基盤であり、この秩序を秩序たらしめる主體であるのである。歴史法學派にとつては民族がまさにかやうなものであつたが、歴史法學派における國家は第二次的手段的形式的なものであり、法とともに國家は民族生活の一機能にすぎなかつたのである。國家を本源的なものと見ることはヘーゲルにおいて最も明確に示唆されたのである。

六 デューギーにとつて法が自らに生成するものである結果、立法の役割は裁判や法學の役割と本質的に差別がないことになる。立法は法を創造するのではなく、既に創生してゐる法を發見してこれを編纂するだけであり、従て、法を發見してこれを適用する裁判、法を發見してこれを理論的に構成する法學と本質的に差別がないのである。畢竟、立法も裁判や法學と同様に既に成立してゐる法を發見して再形成する機能であるにすぎない。ただ立法には裁判や法學に屬しない機能として、一面において裁判官のための典據であるとともに、他面において執行行爲の制約であるといふ效力があり、この意味において司法と行政は立法に従屬するといひうるのである。

かやうにして、デューギーにとつて立法によつて形成された法規は法の現象形態に外ならず、これを通して法を發見す

べき典據であり、これに基いて法を執行すべき制約であるが、それ以上のものではないのである。これは歴史法學派の主張と全く相通するものであるとともに、犯人は規範を犯すが法規を犯すのではないといふビンデンクの見解を想起せしめるものでもある。

法的慣習もデュギーにとつて法の現象形態に外ならず、歴史法學派と同様にデュギーも慣習をもつて法の直接的現象形態と見てゐる。ただ、その説明は慣習法に重點をおいた歴史學派の人々のやうに詳細ではない。なほ、デュギーは歴史學派と同様に「法曹法」や「法廷法」についても検討してゐるが、それらは結局において慣習法に歸屬すると主張することにおいても歴史學派と同様である。

法規の固定化にもかかはらず法が固定化せず、また、固定化すべきでないこと、法は意味の世界に生成するものであること、そして、その意味は事實に即しつつ單なる事實的意味を越え、言語に基きつつ單なる言語的意味を超えるものであり、いはば規範的意味ともいふべきものであることを思ふとき、法規及び慣習を法の現象形態と見るデュギーの見解には、歴史學派やビンデンクの見解とともに、我々として學ぶべき深きものを藏すると考へる次第である。

以上主としてデュギーの主著「憲法論」(Léon Duguit, *Traité de Droit Constitutionnel*, 2e éd. Tome Ier, 1921)と「國家・客觀法及び實定法」(*L'État, le droit objectif et la loi positive*, 1901)に據つて、彼の法の概念を検討したが、デュギーについては、木村龜二氏譯「國家變遷論」、木村常信氏譯「公法變遷論」、西島彌太郎氏譯「私法變遷論」をも参照せられたい。